Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv
für die
civiliſtiſche Praxis.

Drei und zwanzigſter Band. Zweites Heft.

V.

Nachträge zu ſeiner Abhandlung über possessio civilis in dieſem Archiv 18. Bd. 3. Hft. Nr. XIII.

Von A. F. J. Thibaut.

In der oben erwähnten Abhandlung habe ich zu beweiſen geſucht, daß es falſch ſey, wenn Savigny immer lehrte, der Ausdruck possessio civilis bezeichne nur den Uſucapions-Beſitz. Von meiner Seite ſuchte ich dagegen aus den, hier einſchlagenden fünf Hauptgeſetzen nämlich L 3. §. 25 L. 7. ad exhib. (10. 4.) L. 26. de donatt. int. V. et U. (24. 1.) L. 24. de poss. (41. 2.) L. 1. §. 2. pro herede (41. 5.) zu zeigen, daß darin theils nichts für jene Idee enthalten iſt, und daß ſie theils ganz beſtimmt auf dieſen Hauptbegriff gehen: possessio civilis bezeichnet eben das, was possessio ſchlechthin im engſten Sinne bedeutet, nämlich den jetzt ſogenannten juriſtiſchen Beſitz animo domini, auch wenn er nicht zur Verjährung führt, aber eine umfaſſende bürgerliche Folge hat, indem er ſtets in Beziehung auf die ganze beſeſſene Sache zu allen poſſeſſoriſchen Interdicten berechtigt. Da aber auch der Fauſtpfandgläubiger, obgleich er nicht animo domini detinirt, in Betreff der Interdicte dieſelben Rechte in der Art hat, daß er die possessio des Eigenthumsbeſitzers aufhebt, ſo muß man ihn auch als possessor civilis behan-

deln, alſo den Begriff der possessio civilis auf den ausſchließlichen Interdictsbeſitz hinaufführen. Indeß gilt für das interdictum unde vi nach L. 1. §. 9. 10. de vi (43. 16) die Ausnahme, daß es auch dem possessor naturalis zuſteht.

Der erſte, welcher zum Theil gegen meine Abhandlung, aber zugleich auch gegen Savigny in Anſehung des, von demſelben aufgeſtellten Hauptbegriffes von der possessio civilis auftrat, war Burchardi [1]). Bald nachher gab Warnkönig eine Abhandlung, worin er die possessio civilis auch nicht auf den Verjährungs-Beſitz, ſondern auf die eigentliche juriſtiſche possessio bezieht, folglich possidere im engſten Sinne und civiliter possidere für identiſch hält [2]). Savigny beharrte in der ſechſten Auflage ſeiner Beſitzlehre ganz bei dem, was Er früher vertheidigt hatte, indem Er meine Anſicht auch verwarf, und in der Einleitung ſich gegen Burchardi genauer erklärte. Die Abhandlung von Warnkönig kannte Er noch nicht. Der nachherige Verlauf der Sache war nun dieſer. Mehrere blieben vielfach, ohne beſondere Gründe anzugeben, bei Savigny's Begriff [3]). Aus Gründen ward aber dieſer Begriff verworfen von Vangerow [4]) wie von Kierulf [5]), und dazu erklärte ſich Fritz [6]), wenigſtens implicite etwas geneigt, indem Er bemerkte: wegen L. 1. §. 9. 10. cit. habe ich gewiß nicht ganz recht. Gegen meine Auslegung dieſes Fragmentes, worüber ich am Ende dieſer Abhandlung das Nöthige zu meiner Vertheidigung ſagen werde, erklärten ſich auch alle Andere, jedoch ſo, daß

1) Archiv für civiliſtiſche Praxis. 20. B. 1. Hft. Nr. II.
2) Daſelbſt 20. B. 2. Hft. Nr. VII.
3) Namentlich Mühlenbruch Lehrb. des Pandekten-Rechts. 2. Aufl. 2. B. §. 231. Puchta Lehrb. d. Pandekten-Rechts. §. 105. 106. Marezoll Lehrb. d. Inſtitutionen. S. 136. 137. Geiger in Linde Zeitſchrift. 13. B. 2. Hft. S. 246—263.
4) Leitfaden für Pandekten-Vorleſungen. 1. B. 8. 268—274.
5) Theorie des gemeinen Civilrechts. 1. B. S. 343. 344.
6) In einem Zuſatz zu Wening Lehrbuch d. gemeinen Civilrechts. 5. Aufl. 8. 252. 253.

Jeder dieß Fragment aus eignen Gründen auf eigne Art auslegte, welches Alles ich aus den, unten zu entwickelnden Gründen durchaus nicht billigen kann. Wäre ich also in Betreff meiner eignen Erklärung der L. 1. §. 9. 10. cit. beſiegt, ſo könnte es doch wohl herauskommen, daß, da ich meine Gegner an ſich herzlich verehre, am Ende das ſchöne Sprichwort auf mich angewandt werden könnte: flet victus, victor interiit.

Ich will nun mehr auf das Einzelne eingehen, aber eine Reihe kleiner Interpretationen jener 5 Hauptgeſetze übergehen, welche von Denen verſucht ſind, nach deren, mit meinen Ideen übereinſtimmenden Anſicht, die possessio civilis nicht den Uſucapions-Beſitz bezeichnet. Das Letzte war es, worauf es mir hauptſächlich ankam, und es wird dieß, wenn mich nicht Alles trügt, auch Andern immer mehr einleuchten, ſofern ſie ſich durch kleine, für die Hauptſache unbedeutende Nebendinge die Augen nicht trüben laſſen.

Burchardi hat in der Hauptſache ausgeführt: wer da, wo es juriſtiſch nicht ganz unmöglich iſt, animo domini beſitzt, ſo, daß der Beſitz altcivilrechtliche Wirkungen mit ſich führt, der beſitzt civiliter. Alle andere Detentionen gehören zur possessio naturalis und der gänzlich vernichteten Detention. Die alt-civilrechtlichen Wirkungen bezogen ſich nur 1) auf den census, 2) auf Steuern, 3) auf Vindicationen, und 4) auf die Uſucapion. Savigny hat in der Einleitung ſeiner neueſten Beſitzlehre ſich gegen Nr. 1, 2, 3 gut erklärt, und behält dann Nr. 4 natürlich für ſich. Gegen das Letzte muß ich mich aber nach wie vor erklären, weil ich früher vollſtändig gezeigt zu haben glaube, daß das civiliter possidere jedenfalls auf das tenere animo domini geht, auch wenn der Detinirende nicht verjähren könnte. Daneben muß ich gegen Burchardi den Haupteinwand machen, daß unſere Geſetze der possessio civilis die naturalis entgegenſetzen, und daß das civile im Gegenſatz des naturalis gewiß nicht

auf das Alt-Civilrechtliche, ſondern auf Alles, was rein bürgerliche Geſetze verleihen, zu beziehen iſt.

In der letzten Ausgabe ſeiner Beſitzlehre hat Savigny S. 172—176 gegen mein rechtsbegründetes Leugnen ſeiner possessio civilis nur ſehr wenig bemerkt, indem er (S. 174) im Ganzen die Entſcheidung des Streites zwiſchen Ihm und mir den Leſern überläßt, einige, auf allen Fall für die Hauptſache nicht entſcheidende Nebenbemerkungen macht, aber doch mit einigen kräftigen Worten meinem Baume die Herzwurzel abzuſtoßen ſucht, indem Er ſagt: es ſey „eine ſchreiende Inconſequenz", wenn ich ſage: possessio civilis iſt die possessio ad interdicta, die Interdicte ſind ein civile, der Pachter iſt kein possessor civilis, aber doch hat er ausnahmsweiſe das interdictum unde vi; wobei er denn hinzuſetzt, wer ſich hier, wie ich, mit der Bemerkung beruhigen möge, daß Regeln ihre Ausnahmen haben können, mit dem möge Er nicht ſtreiten.

Darauf glaube ich nun aber mit vollem Rechte dieß erwiedern zu können. Eine contradictio in adjecto iſt ein Unſinn, nicht aber das Zulaſſen einer Ausnahme von einer Regel, oder das Modificiren eines Grundbegriffes, damit etwas Beſonderes mit angehaftet werden könne. Ein großer Theil des Römiſchen Rechtes beſteht ja aus alten, allmälig vielfach modificirten Grundbegriffen und Regeln, ſo, daß faſt nirgend etwas ganz Scharfes und Durchherrſchendes herausgebracht werden kann. Die Beſitzlehre ſelbſt gibt einen auffallenden Beweis, weil darin in Betreff des Erwerbes und Verluſtes des Beſitzes der ſtrenge Grundbegriff vielfach nicht zur Anwendung gebracht iſt. Wenn ich alſo ſage: possessor civilis iſt Der, welcher in Beziehung auf alle Interdicte im Ganzen ein ausſchließliches Klagerecht in eigenem Namen hat, doch gilt für das interdictum unde vi die Modification, daß daſſelbe auch (aber nicht ausſchließlich, ſondern nur concurrirend) dem Natural-Beſitzer zuſteht, ſo iſt dieß eben ſo gut, als wenn unſre Rechtslehrer ſagen: Eigenthümer iſt Jeder,

welcher im Ganzen freie Macht und Gewalt über eine Sache hat, doch iſt derſelbe auf dieſe und jene Art mehrfach beſchränkt.

Jetzt hat auch Kierulff den, von Savigny gebilligten Begriff der possessio civilis ganz verworfen, und das civiliter possidere im Gegenſatz des naturaliter possidere lediglich auf das tenere animo domini bezogen, der Inhaber mag nun iuste oder iniuste, in bona oder in mala fide beſitzen. So denkt auch im Ganzen Vangerow, doch ſetzt er noch, wie Burchardi, als Nebenbeſtimmung hinzu, daß keine possessio da ſey, wo der Detinirende den animus tenendi nicht haben dürfe, weil die Sache extra commercium, oder weil der Beſitzer, wie der Sklave, ſelbſt des Eigenthums unfähig ſey. Das Letzte habe ich auch immer gelehrt, theils wegen klarer Geſetze, theils wegen der Natur der Sache. Denn das Weſen des Beſitzes bezweckt interimiſtiſchen, und im Zweifel ſtets zu bewilligenden Schutz, weil der Richter zu vermuthen hat, daß gleichſam unter dem Beſitz ein gutes Recht verborgen ſey, wo er alſo, wie bei jeder res altioris indaginis, nicht gleich zufahren, ſondern ſich an die praesumtio boni viri halten ſoll. Allein wo es in thesi undenkbar iſt, daß ein Recht hinter dem Beſitz verborgen liege, da kann er auch in hypothesi keinen Beſitz anerkennen. Wenn nun aber Vangerow, offenbar um ſeine, nachher zu prüfende Erklärung der L. 1. §. 9. 10. cit. zu retten, am Ende noch hinzufügt: es finde auch keine possessio s. stricto, oder possessio civilis, Statt, wenn der Beſitz aus einem civilrechtlich nichtigen Geſchäft abgeleitet werde, ſo muß ich mich dagegen erklären. Denn die possessio iſt nun einmal, wie es die Geſetze nachdrücklich ſagen, eine res facti, und daher ſagen ſie auch, es komme für den Beſitz als ſolchen nichts darauf an, ob Jemand iuste oder iniuste, bona oder mala fide beſitze, folglich müſſe man auch beſitzende Diebe und Räuber als possessores behandeln. Es geht alſo nicht, wenn Vangerow, wegen des Verbotes der Schen-

kungen unter Ehegatten, der beschenkten Ehefrau, weil die Schenkung civilrechtlich nichtig ist, die eigentliche possessio abspricht, während man doch wohl umgekehrt sagen müßte: ihr, an sich nicht frevelhafter Besitz, ist viel besser, als der Besitz der Diebe und Räuber, deren caussa possidendi doch gewiß auf civilrechtlich völlig verhaßten Gründen beruhet, während die Fehler des Besitzes beschenkter Ehegatten nur eine Wiederruflichkeit begründen, durch Schweigen am Ende ganz geheilt werden können, und auch unter Umständen wo ausnahmsweise die Schenkung gilt, gar nicht einmal Fehler vorhanden sind, so daß hier also dem Richter für sein: res est altioris indaginis ein weiter Spielraum für ein interimistisches Possessorium bleibt.

Wenn übrigens Wangerow den Besitz des Faustpfandgläubigers mit zur possessio naturalis zieht, weil derselbe nicht animo domini detinire, obwohl er ausnahmsweise Interdicte habe, so läßt sich dafür allerdings dieß sagen, daß die Gesetze, welche den possessor civilis dem naturalis entgegenstellen, in Beziehung auf den ersten das tenere animo domini verlangen. Allein was läßt sich bei der Dürftigkeit unserer Rechtsquellen mit voller Gewißheit über den ganzen Sprachgebrauch sagen? Eine große Bedenklichkeit entsteht mir aber daher, daß die Gesetze überall, wo sie possessores naturales anführen, nur Inhaber eines iuris in re aliena nennen, welche die *possessio* des Eigenthumsbesitzers nicht aufheben, gleichsam als dessen instrumentum, oder als dessen procuratores gelten, und ihm den Vortheil bringen, daß er sich Das anziehen kann, was ihnen widerfährt. Allein bestellt der Eigenthumsbesitzer ein Faustpfand, so behält er bloß den Usucapionsbesitz, aber das Wichtigste, nämlich sein Interdictsbesitz, geht ausschließlich auf den Faustpfandgläubiger über, und so ist der Letzte im Grunde nicht, wie die, in den Gesetzen namentlich genannten Natural-Besitzer, ein detentor nomine alieno.

Jetzt will ich nun noch auf Ulpian Ausspruch in L. 1.

§. 9. 10. de vi (43. 16), den Burchardi mit Recht eine unheilvolle Aeußerung nennt, genauer eingehen, meine frühere Erklärung, obgleich ich darüber hart angelaſſen bin, in Schutz nehmen, und alle verſchiedenen Anſichten meiner Gegner beſtreiten, aber meinem lieben: salvo meliori von ganzem Herzen geneigt, und gewiß ohne alle Empfindlichkeit über die iras coelestium gegen mich. Jenes Fragment lautet nun ſo:

§. 9. dejicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat; nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. §. 10. Denique et si maritus uxori donavit, eaque dejecta sit, poterit interdicto uti, non tamen si colonus.

Hätten wir hier nun nichts, als den §. 9, ſo würde doch an ſich, nach den einfachen Worten dieſer Stelle, ein Jeder geneigt ſeyn zu ſagen: das Interdict iſt allen Natural-Beſitzern gegeben, zur possessio naturalis gehört aber jede detentio nomine alieno, der Inhaber eines iuris in re aliena mag nun ein dingliches, oder, wie der Pachter, ein perſönliches Recht haben, — alſo kann ſich auch der entſetzte Pachter des interdicti unde vi bedienen. Gäbe es nun in Beziehung auf den Pachter abweichende Geſetze, ſo käme höchſtens nur eine Antinomie heraus, dergleichen uns leider Juſtinian nur zu viele aufgetiſcht hat. Allein wo ſind dieſe abweichenden Geſetze? Bisher hatte man ſich nun zwar eingebildet, es ſey notoriſch, daß die detentores, welche nur ein gewöhnliches ius in re aliena haben, von dem interdicto unde vi ausgeſchloſſen werden müßten. Allein was hat man dafür? So viel ich weiß, bloß folgende Fragmente: L. 1. §. 22. 23. L. 12. L. 18. L. 20. de vi (43. 16), worin ich aber durchaus nichts von Demjenigen finden kann, was meine Gegner darin gefunden haben wollen. Die L. 1. §. 22 cit. ſagt nämlich bloß: der Eigenthumsbeſitzer könne es behandeln, als ob er ſelbſt entſetzt ſey, wenn die Entſetzung ſeinen Natural-Beſitzer traf. Daraus folgt aber ganz und gar nicht, daß der Letzte für

ſeine Perſon kein Klagrecht habe. So iſt z. B. der Nutznießer ausgemacht possessor naturalis. Wird er alſo entſetzt, ſo kann der Eigenthumsbeſitzer dieß ſo nehmen, als ob er ſelbſt herausgeworfen wäre. Und demnach hat der Nutznießer als Quasi-possessor unbeſtreitbar auch in eignem Namen das interdictum unde vi. Was ferner die L. 1. §. 23. cit. betrifft, ſo ſagt ſie allerdings: nur derjenige hat das Interdict qui possidet. Will man hier nun das possidet im engſten Sinne, mithin als civiliter possidet nehmen, ſo habe ich nach dieſer Stelle unrecht. Allein man erwäge doch: dieß Fragment iſt von demſelben Ulpian, von dem die L. 1. §. 9. cit. herrührt, und folgt dieſer hinterher. Nun aber ſagt ja Ulpian in L. 1. §. 9. cit. ausdrücklich, das interdictum unde vi habe der possessor, sive civiliter, sive naturaliter possideat. Die L. 1. §. 23. cit. kann alſo nur den Sinn haben, daß Niemand juriſtiſch als deiectus gilt, welcher ein phyſiſches *tenere* ohne einen wirklichen, oder juriſtiſch nützlichen *animus tenendi* ausübt, indem zu jedem, alſo auch zum Natural-Beſitz, das factum corporis *et* animi gehört; daher auch ich von meiner Seite den Betrunkenen, welcher, in ein Haus hereingetaumelt, aus demſelben herausgeworfen wird, gewiß nie zu dem interdicto unde vi zulaſſen würde, ſo wenig als den Ergreifer einer res extra commercium (welche für die Bürger juriſtiſch gar nicht da iſt) oder einen, zum juriſtiſchen animus tenendi ganz unfähigen Sklaven.

Die mir ferner entgegengehaltene L. 12. cit. ſagt nach meiner Ueberzeugung zum Beſten meiner Gegner kein einziges Wort. Es enthält nämlich dieß Fragment folgenden Fall: Der Eigenthumsbeſitzer A. verpachtet ſein Gut an B. Nun entſetzt B. den A. oder deſſen Stellvertreter, aber der B. wird wieder von C. entſetzt. Da nun auch Diebe und Räuber als possessores gelten, ſo wird B. gegen A. ein juriſtiſcher, der Entſetzung wegen freilich dem interdicto unde vi des A. unterworfener juriſtiſcher possessor, und eben ſo verhält ſich C.

zu B., aber nicht zu A., weil, wenn B. als juriſtiſcher possessor den Beſitz des A. aufhebt, der A. den B. nicht als detentor nomine alieno betrachten, alſo die Eigenmacht des C. gegen B. nicht ſo behandeln darf, als ob ſeinem Bevollmächtigten etwas Böſes widerfahren wäre. Allein durch dieß Alles iſt nichts für den andern denkbaren Fall geſagt, wenn B. den A. nicht entſetzt, aber von C. entſetzt wird. Hier bleibt die, in jenem Fragment gar nicht berührte Frage, ob bloß der A. oder auch der B. das Interdict habe? Das Letzte muß man nun nach L. 1. §. 9. cit. bejahen, und darin liegt nicht das geringſte Widerſprechende, ſo wenig als in der Concurrenz mehrerer Rechte. Der Nutznießer kann wieder ein Beiſpiel geben. Man nehme dieſen Fall: der Eigenthumsbeſitzer A. gibt ſein Landgut dem B. zum Nießbrauch. Wird hier A. von B. entſetzt, dann aber B. von C., ſo gilt gewiß ganz Alles, was in L. 12. cit. geſagt iſt. Allein man nehme den, in dieſem Fragment nicht berührten Fall: der Nutznießer B. entſetzt den A. nicht, wird aber von C. entſetzt. Hier hat ausgemacht der A., wegen Mißhandlung ſeines Stellvertreters B., das Interdict gegen C. Allein hat es B. als Quasi-possessor doch auch ebenfalls, vermöge eignen Rechtes, gegen C., wenn A. den B. nicht vertrieb? Daß dieſe Frage zu bejahen ſey, gibt alle Welt zu, und ſo ſollte alle Welt nicht die, auf dieſen Fall gar nicht gehende L. 12. cit. auf keine Weiſe gegen mich anführen. Auf eben dieſe Art können L. 18. 20. cit. ganz einfach beſeitigt werden, worüber ich jetzt nichts weiter zu ſagen brauche.

Was nun die L. 1. §. 9. 10. cit. betrifft, ſo hat ſie Savigny immer auf dieſe Art erklärt: possessio civilis bezeichnet den Uſucapions-Beſitz, und dieſem entgegengeſetzt heißt possessio naturalis die juriſtiſche possessio animo domini, welche zwar Interdicte erzeugt, aber nicht zur Verjährung führt. Darauf geht der §. 9 cit. Im §. 10. cit. wird nun die possessio der beſchenkten Frau, welche nicht zur Ver-

jährung führt, als Beispiel einer solchen possessio naturalis erwähnt, und der Frau das interdictum unde vi gestattet, aber daneben dem bloß nomine alieno detinirenden Pachter abgesprochen. Das Letzte weiß Savigny nur dadurch herauszubringen, daß er mehrfach subintelligirt, und die Worte non tamen si colonus so nimmt, als ob Ulpian gesagt hätte: non tamen si colonus deiectus erit poterit colonus interdicto uti.

Ich muß aber auf's Neue dieß mehrfache Einschieben für eine critische Willkühr erklären, indem hier nach Regeln der Sprache, weil vorher von dejectio die Rede war, zu si colonus nur die Worte dejectus est hinzugedacht werden können, und nach dem Zusammenhange hinzugefügt werden müssen. In Betreff der Hauptsache, nämlich in Ansehung jener Erklärung des §. 9. cit., kann und darf Savigny nicht durchdringen, wie es auch immer mehr und mehr von Andern anerkannt ist. Denn das positive civiliter possidere geht nun einmal nicht auf den Usucapions-Besitz, sondern auf die ganze juristische possessio, auch wenn sie nicht zur Usucapion führt, und so kann auch durch das negative civiliter non possidet, oder das naturaliter possidet nicht das bloße Ableugnen des Usucapions-Besitzes ausgesprochen seyn.

Die Erklärung der L. 1. §. 9. 10. cit, welche ich zuletzt vertheidigte, war diese: im §. 9. cit. ist Allen, welche animo tenendi possident, das interdictum unde vi gestattet, sie mögen nun civiliter mit einem animo domini, oder als Inhaber eines iuris in re aliena bloß naturaliter detiniren, wie z. B. der Nutznießer und Pachter. Darüber brauchte denn Ulpian im §. 10. cit. nicht weiter zu reden. Allein es konnte noch ein eigner Fall in Frage kommen, nämlich der Fall, wenn der Mann seiner Frau ein ungültiges Geschenk gemacht hat, und nun die Frau entsetzt wird. Hier versteht es sich freilich nach Ulpians richtiger (nachher noch besonders zu erwähnender) Ansicht von selbst, daß die Frau, als animo domini tenens, das Interdict hat, und daß es an sich

der Schenker, weil er seinen Besitz ganz verlor, die Frau also auch nicht für ihn die possessio naturalis ausübt, nicht als ein Selbstentsetzter haben kann. Allein in Betreff des Ehemannes ist das Besondere, daß er sich auch für seine Person getroffen betrachten darf, wenn seine Frau mißhandelt ward; also hat auch er, obgleich er nicht besitzt, das Interdict wegen einer Entsetzung der Frau, nicht aber wenn ihr colonus entsetzt ward, weil zwischen diesem und ihm keine Verhältnisse der Pietät Statt finden. Man muß also das poterit uti auf den Ehemann beziehen. Dazu gehört nun freilich ein Ueberziehen über das Unmittelbare auf das demselben gleich Vorhergehende. Allein dieß ist nicht sprachwidrig, wie mir auch treffliche, von mir wegen dieser Sache befragte Philologen zugestanden haben, und also kann man mir höchstens nur mit meinen Gegnern einwenden, daß etwas dieser Art nicht gewöhnlich sey. Bei diesem Einwande ist aber ganz und gar nicht bedacht, daß man ja in ambiguo immer das minder Gewöhnliche dem mehr Gewöhnlichen vorziehen darf, wenn es nach den Umständen und dem Zusammenhange als das Beste erscheint.

Gegen diese meine Auslegung der L. 1. §. 9. 10 cit. hat sich nun Savigny in der sechsten Ausgabe seiner Besitzlehre so erklärt (S. 72. 73.), daß er kurz sagt, es sei darin nicht Ein gesundes Element zu finden, und dann noch als ein argumentum ab absurdo dieß hinzusetzt: „unter andern, wie käme Ulpian auf den seltsamen Gedanken, diesen Satz grade bei einem geschenkten Grundstücke vorzutragen, da der Satz bei allen übrigen Grundstücken der Frau eben so wahr seyn müßte? Ja sogar wäre die Erwähnung der Schenkung nicht nur zwecklos, sondern verkehrt und zweckwidrig, indem nur der Leser verleitet werden konnte, fälschlich zu glauben, der Mann habe das Interdict nur deshalb, weil er wegen der Nichtigkeit der Schenkung Eigenthümer des Grundstücks geblieben sey.“

Meine ruhige Vertheidigung gegen jenes Argument ist

dieſe. Es gab, wie ich in meiner früheren Abhandlung vollſtändig nachwies, über die possessio der beſchenkten Ehefrau zwei Parteien. Die erſte Partei, factum und ius, possessio und proprietas mit einander vermengend, ſagte: wegen der Nichtigkeit des Schenkungs-Titels bleibt der ſchenkende Ehemann juriſtiſcher possessor, und die detinirende Ehefrau, ſo wie ihr Pachter, als ihr Subſtitut, detinirt nur naturaliter auf Rechnung des Schenkers. Dieſe Partei mußte alſo ſagen: wenn die Beſchenkte, oder ihr Pachter, entſetzt wird, ſo kann dieß der Schenker behandeln, als ob er ſelbſt entſetzt ſey. Eine zweite Partei, zu welcher Ulpian gehörte, ſagte richtiger: der Beſitz, als res facti, iſt durchaus nicht von dem iustus titulus abhängig. Die beſchenkte Ehefrau beſitzt nun zwar, wegen der Nichtigkeit der Schenkung, nicht pro donato, aber, wie Diebe und Räuber, pro suo, oder pro possessore. Nach dieſer Anſicht mußte alſo Ulpian der erſten Partei für den erwähnten Fall ſagen: die Entſetzung der Frau kann ſich zwar der Ehemann als ſolcher zu Gemüthe führen, jedoch nicht als ob er in eigner Perſon als possessor entſetzt wäre; aber weil er nun einmal kein possessor iſt, und der Pachter der Ehefrau ſein Herz nicht berührt, ſo kann er wegen der Entſetzung deſſelben, weder auf der einen, noch auf der andern Seite, für ſeine Perſon ſich das interdictum unde vi verſchaffen. Dieſe feinen Dinge konnten aber nur in Beziehung auf ungültige Schenkungen unter Ehegatten in Frage kommen. Denn da, wo beide Parteien eine, auf andre Art erworbene juriſtiſche possessio der Ehefrau anerkannten, war es unmöglich zu ſagen, daß der Ehemann als possessor doch den detentor der Ehefrau als ſeinen detentor behandeln dürfe. Nicht im Geringſten fehlerhaft hat alſo Ulpian geſprochen, aber kurz, wie alle beſten Römiſchen Claſſiker, und dieſe Kürze begreift ſich beſonders, wenn Jemand zu Lebenden redet, welche den Streit vollſtändig kennen. Auch darf nicht vergeſſen werden, wie unendlich viel Juſtinian bei ſeinem Excerpiren abkürzte und zuſammen-

drängte, ohne zu erwägen, daß dem Excerpirer, weil er den Sinn des Excerptes aus dem Zusammenhange kennt, dieser Sinn leicht verständlich ist, während er für den Leser, dem die Quelle verborgen bleibt, dunkel und räthselhaft seyn kann. An diesen Gebrechen leiden ja die Pandekten und der Codex überall, und werden daher auch ewig zu den verwickeltsten Streitigkeiten Veranlassung geben.

Eine, mehrfach ganz neue Erklärung der L. 1. §. 9. 10. cit. hat Burchardi versucht, indem er behauptet, seine, durchaus nicht schwierige Erklärung liege so nahe, wie das Ey des Kolumbus. In der That tritt hier der seltene Fall ein, daß der Vergleich nicht hinkt, sondern ganz zutrifft. Und warum? — Bloß, weil mein verehrter Gegner sein Ey, grade wie Kolumbus das seinige, durch ein tüchtiges Plattstoßen der einen Spitze, im Uebrigen freilich ohne Schwierigkeit, zum selbstständigen Aufrechtstehen bringt.

Burchardi sagt über die L. 1. §. 9. cit. Dieß. Im Ganzen ist jeder tenens animo domini juristischer possessor, und hat das interdictum de vi. Allein es gibt auch tenentes animo domini, für welche dieß nicht der Fall ist, namentlich wenn Jemand animo domini eine res extra commercium, oder wenn ein Sklave animo domini besitzt. Also ist hier doch etwas Zwiespaltiges. Eben so verhält es sich mit der possessio naturalis. Denn Diejenigen, welche vermöge ihres dinglichen Rechtes in re aliena als Quasi-possessores detiniren, haben freilich die Interdicte, aber keineswegs die possessores naturales, welche vermöge ihres persönlichen Rechtes an der Sache die Detention bloß nomine alieno ausüben, wie der Miether und Pachter. Etwas Unbeschränktes läßt sich also über possessio civilis und naturalis in Betreff des Interdictes nicht sagen. Der Sinn jenes Fragments ist also dieser: „Eine, das interdictum de vi begründende Besitzentsetzung kann nicht bloß bei der possessio civilis, sondern auch bei der possessio naturalis vorkommen, indem das Interdict auch wohl auf eine possessio naturalis Anwendung

findet." Dieſe Erklärung, glaubt Er, ſtimme mit den Worten vollkommen überein, und lege nicht noch mehr hinein, als auf jeden Fall hineingelegt werden müſſe.

Nach meiner Ueberzeugung können aber dagegen an allen Seiten die trifftigſten Einwendungen gemacht werden, und beſonders dieſe:

1) Wenn man Burchardi's Auslegung annimmt, ſo kommt damit an ſich eine ſchwankende Negative, mithin ein unklares Poſitive; alſo in Betreff der eigentlichen Frage ein Nichtsſagendes heraus. Gut iſt es nun wohl, wenn man, um zur Vorſicht zu ſtimmen, mit einer Negative, oder Etwas auf Schrauben ſtellend, anfängt; aber dann muß doch gleich hinterher, um zu dem rechten Ziele zu kommen, die negative durch poſitive Gegenſätze gleichſam aufgelöſt werden, wie es auch die claſſiſchen Juriſten gern thun. Ein Beiſpiel gibt das berühmteſte aller Geſetze, nämlich L. 23. de R. 7, wo Ulpian ſein anfängliches unbeſtimmtes quidam ſogleich hinterher gehörig beſtimmt. Allein bei L. 1. §. 9. cit. iſt im Ganzen nichts dieſer Art, und nur ein kleiner einzelner Fall wird im §. 10. ibid. hervorgehoben. Dieß iſt nun ganz gegen die Weiſe des genauen Ulpian, welcher es ſogar für erſprießlich hält, die Species einer abſoluten Regel doch noch beſonders hervorzuheben [7]). Und nun nehme man dazu, daß im ganzen Titel de vi der allgemeine Satz der L. 1. §. 9. cit. nirgend näher beſtimmt wird, ſelbſt nicht von Ulpian, obgleich er in dieſem Titel am mehrſten redet, und das Edict mit großem Fleiß bis in das Kleinſte zu entwickeln ſucht. Das Edict konnte hier auch weder zu einem Gegenſatz zwiſchen possessio civilis und naturalis, noch zu der Annahme relativer Sätze benutzt werden, da es nach L. 1. pr. eod. einfach von unde tu illum dejecisti redete. Daher ſagt auch Ulpian gleich nachher im §. 4. ibid.: et generaliter ad

7) L. 15. §. 27. de iniur. (47. 10.)

omnes hoc pertinet edictum, qui de re solo cohaerenti dejiciuntur; und bald nachher ſetzt er im §. 9. ibid. unbeſchränkt hinzu, das Interdict habe Statt, es möge nun Jemand civiliter, oder naturaliter beſitzen. Wenn ich alſo von meiner Seite ſage: alle dejecti haben das Interdict, und der §. 10. cit. ſetzt nur eine Ampliation hinzu, nämlich, daß in Einem Falle auch Der, welcher nicht eigentlich dejectus iſt, doch (aus andern Gründen) das Interdict habe, ſo darf ich hoffen, daß ſelbſt der große Salmaſius, der ewige Juriſten-Verfolger, mir ſeinen allerhöchſten Beifall nicht verſagen würde.

2) Ulpian ſagt in L. 1. §. 9. cit. unbeſchränkt: hoc interdictum pertinet, alſo nicht ſchwankend: pertinere potest, oder saepe, oder interdum pertinet. Nun aber iſt es eine ausgemachte Regel: propositio indefinita pro generali sive absoluta habenda est, an welche Regel ſich auch die claſſiſchen Juriſten hielten [9]). So habe ich es hier nun ebenfalls von meiner Seite gethan, während Burchardi jene Regel mit ſeiner hineingetragenen Relation offenbar verletzt. Wenn Er alſo ſagt, ſeine Auslegung empfehle ſich dadurch, daß ſie nichts hineintrage, und dann auch glaubt, ſie trage nichts heraus, ſo muß ich umgekehrt ſagen: ſie trägt hinein, nämlich das Relative, und heraus, nämlich manche Perſonen, welche naturaliter beſitzen.

3) Wenn in demſelben Satz daſſelbe Wort mehrmals nach einander gebraucht wird, ſo iſt es erlaubt, nach den Umſtänden eine ſogenannte Ploce anzunehmen, d. h. das eine Mal dieſen, und das andere Mal den andern Sinn des Wortes, z. B. in dem bekannten: mulier, quae mulier fieri non potest. Gegen alle Sprachregeln iſt es aber, wenn man ein, nur Einmal in demſelben Satze gebrauchtes Wort in einem doppelten Sinne verſteht. Darüber haben wir ſo-

9) L. 23. de S. P. U. (8. 2.)

gar einen gesetzlichen Ausspruch [9]). Allein mein Gegner setzt sich darüber, genau betrachtet, ganz hinweg, obgleich Er nicht den Schein haben will, indem er das Affirmative und Negative für beide Arten des Besitzes unbestimmt annimmt, welches aber bestritten werden muß. Stände nämlich in der L. 1. §. 9. cit. unbestimmt, das Interdict könne Denen, welche *animo domini*, und auch Denen, welche nicht animo domini detiniren, zustehen, so ließe sich helfen, wenn man sagte: nicht Alle, welche animo domini detiniren, haben das Interdict, z. B. nicht der detentor einer res sacra, oder ein Sklave. Allein das Gesetz sagt ja, der possessor *civilis* habe das Interdict, und nimmer hätte es doch den Römern einfallen können, da, wo in thesi aller Besitz juristisch ganz unmöglich ist, also höchstens nur von einer naturaliter tenere, oder im Grunde auch nicht einmal von einer *possessio* naturalis die Rede seyn kann, das Unding durch den Ausdruck possessio *civilis* mit zu bezeichnen. Burchardi muß also jenes pertinet für Naturalbesitzer unbeschränkt nehmen, weil diese sämmtlich das Interdict haben, und damit kommt nun grade jener verbotene Sinnwechsel heraus.

Mit der, von Burchardi versuchten neuen Erklärung der L. 1. §. 10. cit. verhält es sich nun so. Er bezieht, wie Savigny, die Worte non tamen si colonus, Worte hinzudenkend, auf den auszuschließenden Pachter. Auch darin ist Er mit demselben einverstanden, das Er das poterit interdicto uti auf die Ehefrau bezieht. Allein im Uebrigen verwirft Er dessen Erklärung, weil die possessio civilis nicht bloß auf den Usucapions-Besitz gehe, also das civiliter non possidet auch keineswegs einen Nicht-Usucapions-Besitz bezeichnen könne; in welchem Letzten ich, wie gesagt, gleichdenkend bin. Um nun auf andre Art durchzudringen, behauptet, Burchardi Folgendes. Bei der alten conventio in

9) L. 4. §. 2. de vulg. Subst. (28. 6.)

manum habe die Ehefrau, durch die potestas des Ehemanns ihrer Persönlichkeit beraubt, gar nichts Eignes, also weder Recht noch Besitz haben könne, also auch nicht an denen ihr vom Ehemanne geschenkten Sachen. Dieß habe man nun, nachdem später allgemein alle Schenkungen unter Ehegatten verboten seyen, auch auf die laxe Ehe herübergezogen. Allein die alte, aus der unitas personae entstandene Regel habe auf die, der Frau ihre Persönlichkeit lassende laxe Ehe ganz und gar nicht gepaßt. Später sey es denn auch von Einer Partei bestritten worden, und die richtige Ansicht, welche durchgedrungen zu seyn scheine, werde nun auch in dem Fragment angedeutet, also damit zweckmäßig die falsche Ansicht verworfen.

Dieser Auslegung beizutreten ist mir nun aber ganz unmöglich. Das große Verdienst der Römischen Juristen bestand ja grade im juristischen Gehorsam, wo ihnen ein Gesetz gegeben war, und im strengen consequenten Schließen. Wie wäre es nun möglich gewesen, daß Eine Partei gesagt hätte: die Unterwürfigkeit der Frau in manu mariti vernichtet durchaus ihre Persönlichkeit, also muß dieß bei Schenkungen unter Ehegatten auch auf die laxe Ehe herübergezogen werden, obgleich wir Alle darüber einverstanden sind, daß der Zweck dieser Ehe grade wesentlich dahin geht, der Frau in Betreff des Vermögens ihre volle Selbstständigkeit zu sichern. Dieß wäre doch in der That eben so sinnlos gewesen, als wenn sie die Folgen der Eigenthumsübertragung der fiducia auf das, das Eigenthum nicht übertragende pignus herübergezogen hätten, wiewohl ihnen manche unsrer Juristen einen solchen himmelschreienden Schnitzer angedichtet haben. Nirgend ist auch nur die geringste Spur davon, daß jemals ein Römischer Jurist in Betreff der laxen Ehe die beschenkte Ehefrau als eine Sklavin behandelte. Nach Allem, was wir aus den Rechtsquellen wissen, betraf der Streit bloß die Frage: ob der schenkende Mann die possessio civilis behalte, und nur factisch den Natural-Besitz auf die Frau übertrage, oder

ob er den Beſitz verliere, und nur die beſchenkte Frau den juriſtiſchen Beſitz bekomme? Dieſe Frage war aber in Anſehung der andern Frage, ob die beſchenkte, und dann von einem Andern entſetzte Ehefrau das *interdictum unde vi* habe? ganz unbedeutend. Denn dieß Interdict hat, nach Ulpians beſtimmter Erklärung, nicht bloß der possessor civilis, ſondern auch der naturalis. Die Partei nun, welche der Beſchenkten bloß einen Natural-Beſitz zugeſtand, mußte ihr alſo bloß deswegen das Interdict einräumen, und eben ſo die zweite Partei, welche die possessio der Frau als eine civilis anerkannte. Alſo war hier Ulpians poterit interdicto uti, wenn man ihn auf die Frau beziehen will, etwas gänzlich Ueberflüßiges. Höchſtens hätte er hier nur über Worte ſtreiten und den Gegnern zurufen können: ſagt doch nicht, daß die Frau wegen ihres Natural-Beſitzes das Interdict habe, ſondern ſagt, ſie habe es vermöge ihres Civil-Beſitzes. Von einer ſolchen philoſophiſchen Zartheit kommt aber keine Sylbe zu Tage. Meine eigne Erklärung beſeitigt ganz auch dieſe Schwierigkeit.

Eben ſo wenig kann ich die neue Erklärung der L. 1. §. 9. 10. cit. billigen, welche Warnkönig gegeben hat. Er verwirft auch die Behauptung, daß civiliter possidere auf den Verjährungsbeſitz gehe, und nimmt an, daß Ulpian im §. 10. cit. nur in Betreff der Frau einen perplexen Fall berühre, nämlich den Streit, ob die beſchenkte Ehefrau den juriſtiſchen Beſitz habe, welches Ulpian annehme, und klar dadurch ausdrücke, daß er ſage: non tamen si colonus, welcher letzte gewiß nur eine nuda detentio habe. Auf allen Fall ſey nicht zu leugnen, daß der §. 9. cit. eine Abweichung von der gewöhnlichen Terminologie enthalte, was vielleicht daher komme, daß die Stelle urſprünglich von Interdicten de vi armata handelte, welche auch dem bloßen detentor zugeſtanden hätten. Den letzten Punkt will ich dahin geſtellt ſeyn laſſen, weil er für das Juſtinianiſche Recht ganz unbedeutend iſt. Denn in den Pandekten iſt nur ein einziges Edict de vi

gegeben, welches auf jede Art der Gewalt geht, indem bloß für die vis armata etwas Beſonderes mit Rückſicht auf Reſpects-Verhältniſſe zugelaſſen iſt. Nun aber wären wir doch in der That ganz verloren, wenn wir uns nicht an Juſtinians Texte halten, und mit allen (oft erträumten) Dingen zu Felde ziehen wollten. Aus der Behauptung, daß der §. 9. cit. eine Abweichung von der gewöhnlichen Terminologie enthalte, ergibt ſich aber nichts, wenn man über das Was und Wie nichts Genügendes zu ſagen weiß. Auch glaube ich vorher hinreichend bewieſen zu haben, daß Ulpian in Beziehung auf das Interdict die Streitfrage gar nicht zu berühren brauchte, ob die beſchenkte Frau die possessio civilis, oder nur eine naturalis habe. Wenn übrigens mein Gegner ſich aus den Worten non tamen si colonus die oben erwähnten andern Worte mit Savigny machen konnte, ſo verräth dieß auch wieder eine Art von Nothſtand, hervorgegangen aus einem: es verſteht ſich ſelbſt, daß der Pachter das Interdict nicht haben könne. Für dieſes Nichtkönnen haben wir aber nach dem Obigen keine Belege, und es paßt um ſo weniger zu jener Behauptung, daß der entſetzte Pachter das interdictum *de vi armata* wirklich gehabt habe, woraus doch folgt, daß auch ein Pachter kein monstrum in iure ſeyn kann, wenn er ſich in eigner Perſon den poſſeſſoriſchen Schutz der Gerichte ausbittet. Die Quasi-possessores zeigen dieß auf ganz ähnliche Art.

Den §. 10. cit. hat Kierulff ganz wie Savigny genommen, indem er ſagt, man müſſe hinter colonus ſuppliren: dejectus sit poterit (colonus) interdicto uti, und das, im Geſetz ſtehende poterit uti auf die Ehefrau beziehen. Einen Grund dafür, und warum Ulpian, nachdem er vorhin allgemein geredet hatte, noch mit der Ehefrau hinterherkommt, hat Kierulff nicht angegeben, doch kann Er nicht an dem, von Savigny gebilligten Grunde Theil genommen haben, weil Er deſſen Begriff der possessio civilis verwirft. Dem böſen §. 9. cit. ſucht er nun aber auf dieſe eigenthümliche

Art auszuweichen, daß er behauptet, Ulpian ſage hier nur. im Fall jeder dejectio aus einer possessio naturalis finde das Interdict Statt, aber er ſage damit nicht, Wem es zuſtehe.

Gegen das Erſte brauche ich nach den Obigen nichts weiter mehr zu ſagen. Gegen das Letzte muß ich mich aber mit Folgendem ganz erklären. Hätte Ulpian mit ſeinem ad hoc interdictum pertinet nur unbeſtimmt andeuten wollen, das Interdict könne gewiſſen Perſonen zuſtehen, ſo wäre es die dringendſte Nothwendigkeit geweſen, die Perſonen gleich beſtimmt zu bezeichnen. Davon iſt aber in dem Geſetz nichts zu finden. Alſo muß ſchon deswegen das pertinet ſo genommen werden als: den eben vorher genannten Civil- und Natural-Beſitzern iſt im Fall ihrer Entſetzung das Interdict geſtattet. Durch gehörige Vergleichung kommt man auch leicht auf dieß Reſultat. Das Edict hatte nämlich unbeſchränkt geſagt: *unde* tu illum vi *dejecisti*. Daher ſetzt Ulpian in L. 1. §. 4. de vi (43. 16.) unbeſchränkt hinzu: generaliter ad omnes — qui dejiciuntur. Allein Zweifel konnten hier doch bleiben wegen der bekannten Sylbenſtecherei, daß man nicht aus einem iure, ſondern nur aus einer possessio rei corporalis herausgeworfen werden könne. Hienach hätte man denn allen Natural-Beſitzern das Interdict abſprechen müſſen oder können. Allein das Edict würde zu der Anwendung dieſer Wortklauberei nur Veranlaſſung gegeben haben, wenn es geſagt hätte, dem *corporis possessor* ſolle das Interdict zuſtehen. Es hatte aber unbeſtimmt geſagt: unde illum dejecisti, und da mußte doch gewiß der geſunde Verſtand ſagen: auch der Pachter, welcher, als ſolcher auf dem Pachtlande ſtehend, herausgeworfen wird, gehört unter das unde dejectus. Der Abwendung jener Wortkrämerei hat nun Ulpian richtig und zweckmäßig durch ſein: sive naturaliter possideat im §. 9. cit. nachgeholfen. Die, dabei noch denkbare Nebenfrage, ob der Civil-Beſitzer ſich auch mit als entſetzt betrachten könne, wenn ſein Natural-Beſitzer mit Gewalt vertrieben

ward, hat Ulpian in andern Stellen des Titels de vi bejahet, aber damit, wie ich vorher ausführte, keineswegs gesagt, daß der entsetzte Natural-Besitzer von dem Interdict für seine eigene Person ausgeschlossen sey. Es sind hier vielmehr juristisch zwei possessores simul dejecti, nämlich der naturalis und der civilis.

Was nun endlich die neue Erklärung betrifft, welche Vangerow gegeben hat, so besteht sie in folgenden Behauptungen: die Detention sey nur naturalis, wenn Jemand animo domini vermöge eines civilrechtlich vernichteten Titels besitze, wie z. B. die beschenkte Ehefrau. Indeß sey hier das Eigne, daß der Ehemann, welcher seinen Besitz aufgegeben habe, insofern auch nicht juristisch besitze, also die entsetzte Frau nicht als seine Procuratorin behandeln dürfe. Es sey hier also eigentlich Niemand ein Klageberechtigter. Da sey es denn natürlich gewesen, daß man einmal der Frau als einer Natural-Besitzerin ausnahmsweise das Interdict gegeben habe. Diese Anomalie erwähne nun Ulpian in L. 1. §. 10. cit.

Meine Gegengründe sind einfach diese:

1) Wenn die Gesetze, wie sie es thun, auch Dieben und Räubern eine possessio civilis einräumen, so müssen sie dieß noch mehr in Ansehung der beschenkten Ehefrau zulassen. Darüber habe ich schon oben das Nöthige ausgesprochen.

2) Ulpian sagt L. 1 §. 9. cit. unbeschränkt: ad possessionem naturalem pertinet. Vangerow muß dieß mithin als eine schwankende Halbheit nehmen, und dieß ist nicht zuläßig, wie ich schon oben gegen Burchardi ausführte.

3) Zum anomalen Schaffen eines Interdicts gab hier kein Nothstand eine Veranlassung. Denn zur Züchtigung der Gewaltthat bleiben ja actiones, auf welche auch der entsetzte Mobiliar-Besitzer in den Gesetzen verwiesen ist, und dann behält noch dazu der Ehemann, wegen der Nichtigkeit der Schenkung, die rei vindicatio und actio publicana gegen den Entsetzenden.

So ist denn auch hier in Betreff der, jetzt durch und

durch beſtrittenen Beſitzlehre ein ungeheurer Zwieſpalt, und für die Rechtsanwendung bleibt nur der Troſt, daß das Kanoniſche remedium spolii, in der Art, wie es die Praxis ſtets als umfaſſend angenommen hat, auf allen Fall die Natural-Beſitzer mit unter ſeinen Schutz nimmt. Für meinen Theil werde ich von nun an dieſen Streit möglichſt ſeinen eignen Weg gehen laſſen, lieber dem Größeren mein Nachdenken widmen, und daher auch das ſchöne Gleichniß im Evangelio Matthäi Cap. 9. Vs. 16. 17. nie aus den Augen verlieren, ſtets mit frommen Wünſchen, aber, weil ich unſre jetzige gelehrte und politiſche Welt kenne, nicht mit froben Hoffnungen in Beziehung auf die nächſten Zeiten.

Der hier abgedruckte Aufſatz iſt die letzte juriſtiſche Arbeit die aus der Feder des Verewigten floß. Sie wurde 8 Tage vor ſeinem Tode geendigt. Ich kann den Aufſatz nicht der Preſſe übergeben, ohne dem großen Meiſter deſſen Aufſätze bisher eine Zierde dieſer Zeitſchrift waren, Worte der dankbaren Anerkennung nachzurufen. Noch 6 Tage vor ſeinem Tode hatte ich die letzte Unterredung mit ihm über juriſtiſche Gegenſtände. Damals hatte noch keine Ahnung ſeines nahen Endes ſeine Seele beſchlichen. Friſch und lebenskräftig nahm er Antheil an allen Fortſchritten der Wiſſenſchaft und Geſetzgebung. — Thibaut war eine der edelſten Naturen, in der ein reiches die ganze Menſchheit mit Liebe umfaſſendes Gemüth im ſchönſten Einklang mit einem ſeltenen Geiſte ſtand, der ſchnell überall das Rechte erfaßt und jedem Gegenſtande, dem er ſeine Aufmerkſamkeit widmete, die würdige Seite abzugewinnen verſtand. Wohl mag es Juriſten geben, die durch die Maſſe der Gelehrſamkeit höher als Thibaut ſtehen; Keinem aber ſteht er an der Fülle fruchtbaren Wirkens, an der würdigen praktiſchen Auffaſſung des Rechts nach. Der ſprudelnde Witz, die Kunſt durch paſſende Beiſpiele die Lehre aufzuhellen, die Sitte, geiſtvoll den entſcheidenden Geſichtspunkt an die Spitze jeder

Lehre zu ſtellen, und die Kühnheit ſeiner Bilder verſchafften den Vorträgen Thibauts in den Herzen ſeiner Zuhörer Eingang, auf eine Weiſe welche die trockene noch ſo gelehrte Entwickelung nicht zu bewirken vermocht hätte. Thibaut, ferne von Hochmuth und Neid, und Rechthaberei, ehrte jede fremde Meinung, erkannte gerne, daß er auch von ſeinen Gegnern viel gelernt habe; jede neue erſcheinende Schrift wurde von ihm benutzt; jeder junge Schriftſteller wurde von ihm aufgemuntert. Feind der Affectation und Vornehmthuerei, die ſein Witz geiſelte, war Thibaut der liebevollſte Freund, der verträglichſte College. Eigennutz war ſeiner Seele fremd. Bereitwilligkeit Jedem zu dienen, welcher der Hülfe bedurfte — und zwar auf eine Weiſe die kein Opfer ſcheute, zu helfen war ein Hauptzug ſeines Charakters.

Mittermaier.

VI.

Inwiefern iſt das Berufen auf die ſ. g. Lex Anastasiana eine Einrede und der Beweis vom debitor cessus zu führen?

Von Herrn **Dr. T. Brackenhoeft.**

Es iſt neuerdings die Frage über die Beweislaſt in Betreff der ſ. g. exceptio legis Anastasianae wiederum einer Prüfung unterzogen, und dieſe Beweislaſt aus mehrfachen Gründen dem debitor cessus auferlegt worden [1]). Wenn nun auch dieſe neue Unterſuchung den Verfaſſer veranlaßt hat, mit den vorliegenden Bemerkungen hervorzutreten, ſo iſt es doch keineswegs ſeine Abſicht jene neuerdings aufge-

1) Burchardi im Archiv für civ. Praxis Bd. XVIII. Nro VIII S. 197 ff.